

A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal

Salah H. Khaled Jr.

Professor adjunto de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PU-CRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq).

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira completou vinte e cinco anos em 2013. Para um país com pouca tradição democrática como o Brasil, trata-se de uma data marcante, pois estamos historicamente acostumados a testemunhar a ruptura autoritária da ordem política. No entanto, não temos muito o que comemorar: seu déficit de efetividade é claramente visível, particularmente no que se refere ao âmbito das práticas punitivas. Os atores do sistema penal permanecem propensos a violar direitos fundamentais e flexibilizar garantias, deformando na prática a estrutura regradada do devido processo legal e consagrando cada vez mais o decisionismo.

No que diz respeito ao universo jurídico-penal, a Constituição representa uma abertura democrática em sede processual, consagrando um sistema acusatório.¹ No entanto, continua irrealizada sua promessa

1 Como observa Lopes Jr, “inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da ‘lei’, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”. Segundo Lopes Jr, para além disso, a Constituição possui uma série de regras que desenham um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do

acusatória, uma vez que nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer.² Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo sentido consiste na obtenção da condenação a qualquer custo. O fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados: nosso Código de Processo Penal (de 1941) é tido como livro sagrado, continuamente apto a potencializar práticas visivelmente inquisitórias e antidemocráticas. Nada parece impedir a continuidade de sua aplicação e muito menos que diante da perspectiva de um novo código, os juízes se manifestem temerosos com a possibilidade de retirada de poderes que lhes permitam buscar a verdade real.³ Ainda temos que avançar e muito, pois permanecemos presos a um núcleo de pensamento autoritário que é preciso urgentemente superar para fortalecer a democracia. Como observa Maier, a correlação entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, incluindo o direito penal material.⁴ Segundo Badaró, a questão é muito mais política do que técnico-processual, pois a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo que o Estado instituiu e das relações deste Estado com seus cidadãos.⁵ Para o autor, “a relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”.⁶ Como assinala Goldschmidt, os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode ser dito que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição.⁷ Portanto, temos aqui um impasse aparentemente insuperável: Constituição com projeto acusatório e realidade de consagração e celebração inquisitória, ainda que para muitos nosso sistema processual penal seja percebido como misto.

Ministério Público (art.129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º LVII) e exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art.93, IX). LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 182-183.

2 Ver KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

3 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

4 MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 260.

5 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 106.

6 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 106.

7 GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal." In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 778.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Adentrar a questão da definição acusatória, inquisitória ou mista dos sistemas processuais conduz ao enfrentamento de uma das temáticas mais polêmicas do processo penal, sobretudo pela discórdia quanto ao elemento que propriamente caracteriza um sistema concreto dentro de uma das espécies referidas. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho definiu o que propriamente significa sistema, em seu sentido jurídico-processual: “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”.⁸ Para Coutinho, o princípio dispositivo e o princípio inquisitório dão sustentáculo ao sistema acusatório e ao sistema inquisitório, respectivamente: não há propriamente um terceiro sistema, que possa ser tido como misto, como alguns extraem a partir de uma leitura legitimante do Código de Processo Penal de 1941.⁹ Desse modo, a partir da noção de princípio unificador, Coutinho sustenta que o dito sistema misto é um sistema essencialmente inquisitório. Para o autor, “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.¹⁰ Desde essa perspectiva, como o critério final de definição é a gestão da prova, o sistema brasileiro acaba sendo maculado por esse caráter inquisitório.¹¹ Em concordância, Lopes Jr afirma que a separação inicial das funções de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, portanto, é insuficiente para sua caracterização.¹² Como observa o autor, ainda que a se-

8 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

9 Como indica o autor, “salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito *sistema misto*, *reformado* ou *napoleônico* é a conjugação dos outros dois, *mas não tem um princípio unificador próprio*, sendo certo que *ou é essencialmente inquisitório* (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, *ou é essencialmente acusatório*, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, *só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema*, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu *princípio unificador*, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do juiz no processo penal." In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: **Revista de estudos criminais n.1**. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001, p. 29.

11 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: **Anuário Ibero-americano de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 185.

12 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.

paração das funções de acusar e julgar seja uma característica importante do sistema acusatório, não basta que essa separação seja apenas inicial, deixando o magistrado livre para assumir papel ativo na busca da prova e praticando atos típicos da parte acusadora.¹³

É importante deixar claro que o que está em jogo nessa definição não é uma mera etiqueta acadêmica: a concessão de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para o decisionismo e para a reprodução da patologia inquisitória; como afirma Coutinho, “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.¹⁴ Como bem refere Lopes Jr, atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático.¹⁵ Afinal, não se pode supor que o juiz seja alheio a paixões humanas e que ele não tenha uma hipótese que, mesmo inconscientemente, possa tentar provar caso lhe seja atribuída a iniciativa da investigação.¹⁶ Quando isso ocorre, como diz Lopes Jr, “a verdade não é construída pela prova e a instrução, senão que vem dada pelo juiz a partir de sua escolha inicial”.¹⁷ Não é diferente a posição de Geraldo Prado, que afirma que quando o juiz “[...] se dedica a produzir provas de ofício se coloca como sujeito ativo do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada”.¹⁸ O autor refere que “a construção teórica do princípio acusatório há de consumir-se mediante oposição ao sistema inquisitivo. São antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos do processo. É desse antagonismo, portanto,

13 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

14 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: **Revisita de estudos criminais** n. 1. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001, p. 37.

15 LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

16 Lopes Jr ressalta que “ademais, a busca da verdade substancial, mediante uma investigação inquisitiva, mais além dos limitados recursos oferecidos pelo respeito às regras processuais, conduz ao predomínio das opiniões subjetivas, e até aos prejulgamentos irracionais e incontroláveis dos julgadores. O arbítrio surge no momento em que a condenação e a pena dependem unicamente da suposta sabedoria e equidade dos juízes”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48.

17 LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 264.

18 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

que as diferenças devem ser extraídas”.¹⁹ Prado pensa desde a perspectiva de princípio acusatório como fundante do sistema acusatório, pois embora considere que há grande coincidência entre princípio dispositivo e acusatório, aponta que princípio dispositivo significa permissão para dispor sobre o objeto do processo em tramitação, não sendo caracteristicamente acusatório ou inquisitório.²⁰

Rui Cunha Martins levou ainda mais longe a discussão sobre o princípio unificador do sistema, apontando que a obsessão pela verdade dos fatos do sistema inquisitório optava por confiar a gestão das provas a um magistrado pouco dado a sutilezas de ordem tensional.²¹ Para Cunha Martins, um sistema processual penal de viés constitucional só pode ter um princípio unificador: a democraticidade.²² A partir dessa definição, Cunha Martins sustenta que a pergunta a ser feita a qualquer elemento, mecanismo ou prática, seja de que tipo for, desde que atuante na esfera do sistema processual, é a seguinte: *é este mecanismo ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?* Para o autor, é essa questão que verdadeiramente interessa colocar em permanência.²³ Cunha Martins considera que a democraticidade – tal como produzida pelo patamar político-constitucional – deve ser concebida como

19 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

20 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115. O autor considera que no processo inquisitório, nada impede que o juiz/acusador desista do processo e o encerre mediante arquivamento, o que não transformará o processo inquisitório em acusatório. Já no processo acusatório, o juiz não pode condenar o réu diante de um requerimento/alegação final do acusador em que seja pedida absolvição, sob pena de ofender o contraditório. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118.

21 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.

22 De acordo com o autor, “Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*. Dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos susceptíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal “princípio unificador”: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege”. CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-94. Grifos do autor.

23 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94.

modelo gerente que deve colocar-se como “[...] *limite* às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo”.²⁴ Como refere Carvalho, “[...] o direito (penal e processual penal), capacitado desde o *locus* constitucional, otimizaria mecanismos de frenagem ao excesso punitivo do Estado, à coação direta própria da gestão dos aparatos penais reduzindo os danos produzidos aos direitos e garantias fundamentais”.²⁵ Segundo Prado, “[...] Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”.²⁶ Para ele, é possível identificar claramente um vínculo entre direito-processo-democracia.²⁷

2. PROCESSO PENAL DO CIDADÃO E PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Portanto, está mais do que evidente que a democraticidade impõe que o funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana –, em oposição à lógica persecutória que, no passado, organizou sistemas voltados para a implacável perseguição dos indesejáveis, tidos como inimigos. A questão fulcral é que a epistemologia inquisitória foi concebida para homogeneizar o corpo social, matando a diferença, enquanto o nosso cenário democrático-constitucional impõe, acima de tudo, o respeito ao plural.²⁸ Trata-se de uma lógica inteiramente distinta da sensibilidade inquisidora que estruturou os sistemas de perseguição ao inimigo, como o delineado por Eymerich:

24 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95.

25 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101.

26 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

27 Para Geraldo Prado, “[...] a edificação de qualquer política-criminal em um estado democrático está condenada à incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico posterior e não considerar que o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 28.

28 Ao discutir a privilegiada relação entre direito e democracia, Prado sustenta que não é uma relação “[...] com uma democracia qualquer, fulcrada na declaração formal de respeito aos direitos fundamentais e numa vinculação passiva entre governados e governantes e sim na real democracia participativa, integradora e solidária, com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

"[...] é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo."²⁹

A epistemologia inquisitória conforma um campo de saber voltado para o extermínio do inimigo: foi sistematizada no *Directorium Inquisitorium*, de Nicolau Eymerich, – escrito em 1376 – e também no *Malleus Maleficarum*, publicado em 1487.³⁰ Trata-se de um saber que, como Carvalho afirma, “não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(r)am inspiração”.³¹ O autor destaca que o modelo é trans-histórico, e tem “[...] alta funcionalidade para manutenção/legitimação de máquinas judiciais autoritárias fundadas no signo do defensivismo”.³² É nesse sentido que Cordero esclarece que floresce com a Inquisição uma retórica apologética cujos argumentos ressoam, como tais, em lugares e momentos distintos.³³ Para Coutinho, “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido.”³⁴

29 EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 122.

30 Francisco de La Penã foi responsável pela revisão e ampliação do **Manual dos Inquisidores** de Eymerich, em 1578. O *Malleus Maleficarum* foi elaborado pelos inquisidores dominicanos Heinrich Kraemer e James Sprenger. Se por um lado não há dúvida quanto ao caráter oficial do *Directorium Inquisitorium*, o *Malleus Maleficarum* (martelo das bruxas) está envolto em polêmicas que vão desde a efetiva autoria conjunta de Sprenger até a sua aceitação oficial, pois embora tenha sido supostamente instaurado como manual punitivo pela Bula Papal de Inocêncio VIII, a Inquisição perseguiu Kraemer e a Bula que consta no início do livro não refere especificamente o *Malleus*, mas somente a autoridade dos autores como inquisidores. De qualquer forma, independentemente de seu caráter oficial, o texto se disseminou rapidamente e teve enorme popularidade. Para Zaffaroni, o *Malleus* apresenta alto nível de racionalização teórica, acumulando a experiência punitiva de séculos anteriores; o esforço teórico de ambos os inquisidores era dirigido à bruxaria e teve espetacular êxito editorial, com dezenas de edições. Para o autor, o livro é a obra teórica fundacional do discurso legitimador do poder punitivo e além de estabelecer a perseguição das bruxas, qualifica como hereges todos os que não acreditam em sua existência. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 510-511.

31 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 6.

32 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

33 CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 19.

34 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do juiz no processo penal”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

De fato, o discurso de Eymerich estrutura uma lógica de orientação punitivista do sistema penal que pode ser constatada em vários momentos históricos, garantindo a hegemonia da ambição de verdade processual. Tomemos como exemplo a argumentação do Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro:

"As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do invíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum."³⁵

O paralelo que pode ser traçado entre as duas concepções não chega a ser surpreendente, uma vez que são lógicas orientadas para o extermínio dos que são tidos como inimigos pelos poderes estabelecidos. Entre Inquisição e Estado Novo, a correlação é mais do que perceptível. O que assusta é perceber o quanto a finalidade de intimidação do corpo social ainda permeia o imaginário jurídico, em pleno contexto democrático que a Constituição impõe ao nosso sistema processual. A epistemologia inquisitória ainda prepondera, em nome de uma insaciável ambição de verdade que não expressa outra coisa que um desejo irrefreável de atingir a condenação, desprezando por completo o conceito de que forma é garantia, como exige o devido processo legal. O sistema inquisitório tem desprezo pela forma, ou seja, pelo meio; o que interessa é somente a patológica satisfação de sua inesgotável ambição de verdade: o processo é reduzido a uma sondagem introspectiva, na qual as formas constituem um dado secundário ou simplesmente sem importância, pois o que interessa é o resultado, seja como for obtido.³⁶

A questão é que a estrutura inquisitória não almeja propriamente a verdade, mas sim a condenação, que é obtida mediante a produção de uma verdade inteiramente fantasmagórica. Para Ferrajoli, o que caracteriza essa epistemologia é o decisionismo processual: o caráter não cogni-

35 BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

36 CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 264.

tivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena.³⁷ Portanto, como observa Carvalho, “se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que *a regra do poder penal é o inquisitorialismo*, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas”.³⁸ Não é por acaso que Alcalá-Zamora y Castillo refere a figura de um juiz-acusador: sua primeira e mais conhecida expressão é encontrada no processo penal inquisitório, no qual o juiz desempenha o papel de acusador. O autor reflete que a repulsa ao sistema inquisitório puro não decorre unicamente de certas características – como o segredo e as torturas – mas também da perigosa concentração de funções em uma única mão, mais grave ainda que as atividades conjuntas de instrução e acusação nas mãos do Ministério Público. Infelizmente, essa figura não pertence ao passado: ainda que com traços distintos dos medievais, não é nada difícil deparar-se com espécies de juiz-acusador nos tempos modernos.³⁹ Trata-se do julgador que desloca-se de seu local de passividade e efetivamente desenvolve atividades que são de iniciativa das partes. Nos códigos processuais hispânicos podem ser encontrados tais dispositivos dentro de textos de tendência acusatória, como por exemplo, no código espanhol, em que está prevista a “faculdade excepcional” de buscar uma mais acertada qualificação do delito, ou de solicitar “um maior esclarecimento sobre a questão debatida”.⁴⁰ Dispositivos que, diga-se de passagem, são muito semelhantes aos do Código de Processo Penal brasileiro e que são argumentativamente justificados através do recurso ao *deus ex machina*, que é o princípio da verdade real. Para Lopes Jr, tais dispositivos, como é o caso do art. 156, incisos I e II do CPP, [...] “externam a adoção do princípio inquisitivo, que **funda um sistema inquisitório**, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.”⁴¹

37 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

38 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78. Grifos do autor.

39 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso**: Tomo I. México: UNAM, 1992, p. 249-250.

40 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso**: Tomo I. México: UNAM, 1992, p. 266-267.

41 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73. Grifos do autor.

Não é nada surpreendente que um código inspirado na lógica persecutória do fascismo italiano e elaborado em um período autoritário da história brasileira seja fundamentalmente antidemocrático, como pode ser constatado pelas palavras de Francisco Campos na exposição de motivos:

"O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*."⁴²

O anseio persecutório delineado pela lógica inquisitória proposta pelo sistema também pode ser percebido pela prerrogativa dada ao juiz para que, nos crimes de ação pública, possa “[...] proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.⁴³ A desconformidade dessa estrutura de pensamento com a arquitetura normativa de contenção do poder punitivo delineada pela esfera constitucional é tão clara que sequer parece merecer maior exploração. Como observa Lopes Jr, “[...] todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados”.⁴⁴ Portanto, diante da tentação do ativismo judicial, o que se deseja é um modelo acusatório democrático, condizente com o limite constitucional e que, como tal, mostre-se apropriado para uma perspectiva de redução de potenciais danos.⁴⁵ Segundo Prado:

42 BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352-353.

43 BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355.

44 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.183. Como observa Lopes Jr, é o caso de dispositivos fundamentalmente inconstitucionais do CPP, como os arts. 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385, etc., que violam as regras do sistema acusatório constitucional. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 184.

45 Em suma, o horizonte deve ser incisivamente contrário ao sentido concebido por Francisco Campos na exposição de motivos do CPP de 1941. Em suas palavras, “no seu texto não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”. BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

"Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despendo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório."⁴⁶

No entanto, apesar de suas inegáveis virtudes, a questão é que tal modelo ainda está por ser concretizado na realidade concreta, o que infelizmente maximiza os danos decorrentes de condenações equivocadas. Afinal, a existência de um poder punitivo que se exprime através da jurisdição levará, inevitavelmente, à ocorrência de tais danos, uma vez que o processo sempre será um ritual de redução da complexidade que não tem a aptidão de reproduzir de forma perfeita e inequívoca o que, de fato, ocorreu. Essa insuperável deficiência é potencializada pela busca da verdade, pois ironicamente a ambição de verdade acaba matando o contraditório e construindo um conhecimento monológico, potencialmente desastroso. Precisamos acordar para essa realidade urgentemente. Como observa Prado, infelizmente [...] "a estruturação democrática do processo penal não se impõe simplesmente de cima para baixo, ainda que parta da Constituição, pelo menos não sem que se vençam fortes adversários culturais, credores inabaláveis na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório" [...]⁴⁷

Eis nosso grande desafio: romper com a hegemonia da ambição de verdade. Não apenas porque a questão tenha relevância acadêmica, mas pelo fato de que a conformidade com esse critério efetivamente conduz a perspectivas muito distintas para os direitos fundamentais do acusado e para o desenrolar da atividade cognitiva. Para Goldschmidt, a finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade – de forma receptiva – e a verificação da justiça.⁴⁸ Mas segundo ele, existem dois caminhos dis-

46 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

47 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 37.

48 O que indica que até mesmo Goldschmidt precisa ser superado neste aspecto, pois apesar de toda riqueza de sua concepção processual, ele ainda confere à verdade um lugar canônico, tornando o processo passível de sucumbir à patologia da ambição de verdade. Ver KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

tintos para atingir este fim: o inquisitório e o acusatório. Na configuração acusatória, o juiz encarregado da jurisdição penal se limita às solicitações interpostas e ao material produzido pelas partes. Dessa forma, o processo penal torna-se uma disputa entre partes, que considera que o melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual a quem persegue interesses opostos e sustenta opiniões divergentes, dispensando o juiz dessa tarefa e garantindo assim sua imparcialidade; trata-se de um sistema respeitoso da dignidade do acusado enquanto cidadão.⁴⁹ Goldschmidt considera inquisitório com forma acusatória o processo que permite que o juiz atue independentemente para averiguar e investigar os fatos.⁵⁰ Para Ferrajoli, é inadmissível que ao juiz sejam atribuídas funções postulantes, como a iniciativa probatória e o desenvolvimento da investigação com o auxílio da acusação; isso caracteriza o sistema misto e não o acusatório.⁵¹ Segundo Giacomolli, “o princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pico y Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes contrapostas – acusador e acusado –, a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções processuais fundamentais”.⁵² O autor destaca que, em um sistema acusatório, “a iniciativa probatória pertence às partes e o juiz, enquanto tal, é um terceiro imparcial, motivo por que não é sua função a proposição de meios de prova, nem de forma subsidiária [...]”.⁵³ Para Bachmaier-Winter, um processo em que a mesma pessoa assume a inves-

49 GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 780.

50 GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 780.

51 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 488. O problema é que embora Ferrajoli não admita essa leitura, acaba mostrando-se incapaz de superar a arquitetura fundante do modelo de verdade correspondente, não potencializando a ruptura com o discurso hegemônico, que acaba sendo preservado sob a forma relativa ou aproximativa. O próprio autor emprega em alguns momentos o termo busca da verdade. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 50-51 e KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

52 GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório". In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 219

53 GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório". In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 224. De acordo com Giacomolli "Ao afirmar-se a pretensão acusatória em juízo, exercita-se a ação penal, originando um típico processo de partes. Ao terceiro imparcial se veda o exercício da ação penal e a prática de atos processuais próprios da parte acusadora. O sujeito que acusa não pode julgar e ao sujeito que julga não se permite que acuse direta ou indiretamente (proposição de meios de prova), sob pena de transformar o juiz em inquisidor, com a supressão da essência de terceiro imparcial, garantidor do *status libertatis*". GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório". In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.227.

tigação do fato delitivo, coleta as provas e as valora para emitir a sentença viola claramente o princípio da imparcialidade.⁵⁴ Segundo Prado, “[...] se na estrutura inquisitória o juiz ‘acusa’, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz do centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação”.⁵⁵ Como aponta o autor, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.⁵⁶ Como observa Ferrajoli, ao sistema acusatório convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente do que sapiente, enquanto o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e, por isso, leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa”.⁵⁷ Lopes Jr destaca que:

"É elementar que atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estrutura o processo penal e o sistema acusatório, e ainda, não existe qualquer possibilidade 'de bom uso' de tais poderes, pois eles somente serão invocados pelos inquisidores de plantão, de quem da bondade sempre há que se duvidar."⁵⁸

Por isso Lopes Jr sustenta que “[...] pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo”.⁵⁹ A imparcialidade não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório, comprometida no decisionismo inquisitório.⁶⁰ De fato, não são poucos os autores que consideram que os poderes instrutórios do juiz devem ser complementares; no entanto, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não seja potencialmente danosa para o acusado, motivo pelo qual a conside-

54 BACHMAIER WINTER, Lorena. "Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal". In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.) **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, p. 22.

55 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

56 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

57 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 461.

58 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 508.

59 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

60 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

ramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regada de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

Tudo que foi dito até agora se alinha perfeitamente à exigência de democraticidade levantada por Cunha Martins; desse modo, firmamos posição condizente com essa exigência e consideramos que a quebra da gestão da prova pelas partes configura flagrante deformação da imparcialidade exigível ao juiz em uma estrutura que deve estar submetida à democraticidade, conformando uma atuação inquisitória do magistrado, que é por excelência antidemocrática. Dessa forma, Lopes Jr constata que continua a sustentar-se “[...] um verdadeiro processo penal do inimigo, que nega o réu como sujeito processual e, por conseguinte, todos os seus direitos e garantias fundamentais”.⁶¹

Em última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica de persecução ao inimigo. Em um processo o juiz ingressa predisposto a absolver, ciente de que a posição que lhe cabe é receptiva e que é a acusação que deve derrubar a presunção de inocência; em outro processo, o juiz entra movido por insaciável ambição de verdade e pratica ato de parte, o que só pode expressar um irrefreável desejo de condenação. **Afinal, qual o processo que queremos?**❖

BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso**: Tomo I. México: UNAM, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BACHMAIER WINTER, Lorena. "Acusatorio versus inquisitivo." Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons.

61 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 506-507.

BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: **Revista de estudos criminais** n.1. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001.

_____. "Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito." In: **Anuário Ibero-americano de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. "O papel do juiz no processo penal." In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório." In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade garantista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno:** o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. São Paulo: Zouk, 2003.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.